

OLG Oldenburg, Beschluss vom 03.04.2018 – 12 W 39/18, NZG 2019, 64.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Podewils, jurisPR-HaGesR 11/2018 Anm. 3.

7. Haftung des faktischen Geschäftsführers - § 43 GmbHG.

Wer faktisch wie ein Organmitglied handelt, hat als Konsequenz seines Verhaltens sich auch wie ein nach dem Gesetz bestelltes Organmitglied zu verantworten. Tritt damit jemand als faktischer Geschäftsführer auf, haftet er wie ein Geschäftsführer und damit unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG. Eine faktische Geschäftsführung liegt vor, wenn der im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer tatsächlich keiner Geschäftsführertätigkeit nachkommt, im Geschäftsverkehr allein nur der faktische Geschäftsführer in Erscheinung tritt und der nominelle Geschäftsführer diesem die Unternehmensgeschicke vollständig überlässt.

OLG München, Urteil vom 23.01.2019 – 7 U 2822/17, NZG 2019, 544.

Die Frage, ob ein faktischer Geschäftsführer einer GmbH auch analog § 43 Abs. 2 GmbHG haftet, ist seit langem umstritten (vgl. zum Streitstand etwa Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 43 Rn. 101) und vom BGH bislang nicht entschieden worden (ausdrücklich offen gelassen durch BGH, Urteil vom 25.02.2002 – II ZR 196/00, ZInsO 2002, 582). Die OLGe nehmen eine derartige Haftung aber an (s. etwa OLG Celle, Urteil vom 06.05.2015 – 9 U 173/14, ZWH 2017, 171 m. Anm. Flore; OLG München, Urteil vom 22.06.2017 – 23 U 1099/17, n.v.). Zu der Entscheidung des OLG München s. im Übrigen die zust. Anm. von Haase, BB 2019, 915. Allgemein zu Fragen der faktischen Geschäftsführung vgl. Weyand, ZInsO 2015, 1773.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

FKS als „Finanzpolizei“! - Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch vom Bundes- tag verabschiedet

I. Das in der Ausgabe 2/2019¹ von der Verfasserin vorgestellte Gesetzesvorhaben² zur weiteren Stärkung der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) als Teil der Bundeszollverwaltung mit dem Ziel, illegale Beschäftigung, Sozialleistungsmisbrauch und Schwarzarbeit effektiv(er) zu bekämpfen, wurde am 6.6.2019 verabschiedet.³

II. Die geplanten Änderungen kommen, das Gesetz ist im Vergleich zum Regierungsentwurf weitgehend unverändert. Einige Anpassungen ergaben sich nach Verweisung an die Ausschüsse.⁴

1. Interessant ist die im Gesetzgebungsverfahren durchgeführte Verschärfung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG, der bisher Auftraggeber von Werk- und/oder Dienstleistungen sanktionierte, wenn solche in erheblichem Umfang an Auftragnehmer vergeben wurden,

¹ Seite 224 ff.

² Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch (Regierungsentwurf), Seite 1, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de>.

³ Plenarprotokoll 19/104 vom 6.6.2019, TOP 7.

⁴ BT-Drs. 19/10683 vom 5.6.2019.

die diese Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG erbracht hatten – und der Auftraggeber dies wusste. Nun wurde die Norm den z.B. im AEntG und MiLoG enthaltenen Vorschriften zur Auftraggeberhaftung angeglichen und sanktioniert jetzt denjenigen Auftraggeber, der „weiß oder fahrlässig nicht weiß“⁵, dass sein Auftragnehmer vorsätzlich gegen die o.g. Vorschrift verstößt.

Die Anpassung betrifft die nach Landesrecht zu ahndenden Ordnungswidrigkeiten insbesondere im Bereich des Handwerks, also im Wesentlichen die Fälle der Betätigung unter Verstoß gegen die Gewerbeordnung oder die Zulassungsvoraussetzungen nach der Handwerksordnung.

a. Die Novelle stellt eine erhebliche Verschärfung dar, denn es genügt die einfach fahrlässige Unkenntnis von Unregelmäßigkeiten auf Seiten des Auftragnehmers.

In der Begründung des Finanzausschusses heißt es: „Aus Sicht der Verwaltungsbehörden besteht bei der Beauftragung von Schwarzarbeit im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe d und e des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes für den gewerblichen Auftraggeber eine gesteigerte Erkundigungspflicht zu seinem Nachunternehmer, da dieser in den meisten Fällen selbst die für die Ausführung der Aufträge notwendigen gewerbe- und handwerksrechtlichen Voraussetzungen besitzt. In der Praxis mehren sich im Wege der Ahndung der Beauftragung unerlaubter Handwerksausübung **Einlassungen von Anwälten**, die unter Berufung auf einschlägige Urteile (OLG Hamm, 1 Ss OWi 308/03 und 1 Ss OWi 308/02 vom 06.04.2003; OLG Düsseldorf, 5 Ss (OWi) 145/98 - (OWi) 117/98 I vom 02.09.1999) darauf verweisen, dass ihre Mandantschaft es lediglich unterlassen hat, sich im Vorwege der Beauftragung eines illegalen Nachunternehmers über dessen gewerbe- und handwerksrechtliche Voraussetzungen bei kundigen Stellen zu informieren. Dieser Umstand wird von den Gerichten als lediglich fahrlässiges bzw. grob fahrlässiges Handeln bewertet. Den Beweis anzutreten, dass der Auftraggeber den Umstand der Nichteintragung vor Beginn der Beauftragung positiv kannte, ist nahezu ausgeschlossen. Der Auftraggeber braucht sich lediglich auf seine Unkenntnis (bzw. einen Verbotsirrtum) zu berufen und entzieht sich somit einer Ahndung. Durch die Umformulierung des § 8 Absatz 1 Nummer 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes kann die positive Kenntnis und die fahrlässige Unkenntnis des Auftraggebers bei der Beauftragung bei einem Verstoß nach § 8 Absatz 1 Nummer 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes geahndet werden. Eine vergleichbare Regelung ist auch in § 21 Absatz 2 des Mindestlohngesetzes bereits vorgesehen, der die Haftung für einen Nachunternehmer regelt.“⁶ [Hervorhebung nicht im Original]

Zur Verfolgung dieser Ordnungswidrigkeiten werden die Behörden der Zollverwaltung befugt sein.

b. Eine ähnliche Verschärfung erfuhr das AEntG im Jahr 1997 mit der Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs als Anknüpfungspunkt bußgeldrechtlichen Auftraggeberhaftung.

Bis zur Novelle handelte nur ordnungswidrig i.S.d. § 23 AEntG - § 5 Abs. 2 AEntG a.F.– wer wusste oder leichtfertig nicht wusste, dass Subunternehmer oder weitere Subunternehmer gegen zwingende Regelungen des AEntG verstoßen.

Seinerzeit führte der Gesetzgeber zur Begründung an, es sei nicht länger sachgerecht, dem Auftraggeber zur Sanktionierung eigenen sorgfaltswidrigen Verhaltens seitens der Ermittlungsbehörden und Gerichte „grobe Achtlosigkeit/Leichtfertigkeit“ nachweisen zu müssen. Das „Erreichen des Schutzzwecks der Norm, nämlich die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen durchzusetzen“⁷, erfordere die Sanktionierung einfach fahrlässigen Verhaltens.

c. Zum Sorgfaltsmaßstab, den der Auftraggeber von Handwerkerleistungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG n.F. nun anzulegen hat, um Haftung zu vermeiden, ist den Materialien nichts zu entnehmen.

Zur Orientierung lässt sich auf die raren Ausführungen des Gesetzgebers bei Änderung des AEntG 1997 zurückgreifen: Danach handele fahrlässig i.S.d. § 23 Abs. 2 AEntG wer „die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Fähigkeiten und

⁵ BT-Drs. 19/10683 vom 5.6.2019, S. 23.

⁶ BT-Drs. 19/10683 vom 5.6.2019, S. 56.

⁷ BT-Drs. 13/8994, S. 72.

Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, außer Acht lässt und infolgedessen die Tatbestandsverwirklichung nicht vorausieht (vgl. BGHSt 10 S. 369).⁸

Weiter heißt es: „Beim Abschluss des Vertrages wird der Hauptunternehmer seiner Sorgfaltspflicht regelmäßig dann nachkommen, wenn er sich von seinem Vertragspartner hat schriftlich zusichern lassen, dass dieser die Arbeitsbedingungen nach § 1 AEntG einhält und diese auch von eventuellen Nachunternehmern verlangen wird. Treten allerdings bei oder nach Vertragsschluss objektive Anhaltspunkte für Verstöße des Vertragspartners oder der von diesem eingesetzten Nachunternehmen auf, muss der Hauptunternehmer dem nachgehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kontrollmöglichkeiten des Hauptunternehmers in Bezug auf das Nachunternehmen und dessen Subunternehmen aus rechtlichen wie aus Wettbewerbsgesichtspunkten begrenzt sind und sich der organisatorische und bürokratische Mehraufwand der Unternehmen in vertretbaren Grenzen halten muss. Der Hauptunternehmer wird aber seinen Vertragspartner auffordern müssen, dass dieser den bestehenden Verdacht ausgeräumt und die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nachweist.“⁹

2. Im Übrigen ist § 8 SchwarzArbG, also die Vorschrift über die Ordnungswidrigkeiten, unverändert geblieben.

Das bedeutet, dass in Zukunft der leichtfertige Verstoß gegen § 266a StGB als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Die Zollbehörden werden nach dem Willen des Gesetzgebers auch als „kleine Staatsanwaltschaft“ für die selbständige Ermittlung vermeintlich einfacher Fälle des § 266a StGB zuständig sein.

III. Die in der Ausgabe 2/2019 noch nicht vorgestellten Anpassungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) betreffen insbesondere die einzuhaltenden Anforderungen an die Unterkünfte entsandter Arbeitnehmer. Sie treten unverändert in Kraft. Also können Gegenstand eines Tarifvertrages i.S.d. § 3 AEntG gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 AEntG nunmehr „die Anforderungen an die Unterkünfte von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden, zur Verfügung gestellt werden“ sein.

Diese Bedingungen zählen sodann zu den zwingenden Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen.

⁸ BT-Drs. 13/8994, S. 72.

⁹ BT-Drs. 13/8994, S. 72.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Probleme des Insolvenzstrafrechts – Tagungsbericht zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 16.5.2019

Mittlerweile gehört der jährliche Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der am 16.05.2019 erneut im Hotel Mondial am Dom stattfand, zu den eingeführten Veranstaltungen auf diesem Rechtsgebiet. Die Tagung wurde auch in diesem Jahr gemeinsam vom Arbeitskreis „Insolvenzstrafrecht“ der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV), der ZInsO, dem Deutschen Institut für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI) und dem Kölner Anwaltvereins e.V. veranstaltet. Etwa 80 Interessenten sahen sich einem abwechslungsreichen Tagungsprogramm gegenüber.